

ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE O CÓDIGO DO CONSUMIDOR

MANOEL CARPENA AMORIM

Desembargador do TJ/RJ

Os direitos básicos do consumidor, que poderíamos chamar também de “garantias e direitos individuais dos consumidores”, previstos no art. 6º, da Lei 8.078/90, estão enumerados da seguinte maneira:

“Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

I – a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;

II – a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e igualdade de contratações;

III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentam;

IV – a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

V – a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

VI – a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

VII – o acesso aos órgãos judiciários e administrativos, com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais,

coletivos ou difusos, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;

VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do Juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

IX – (VETADO);

X – a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.”

Queremos neste trabalho, respeitados os limites de tempo, estabelecer um paralelo entre o sistema de proteção político e o sistema de proteção econômico dos cidadãos.

Desde as épocas mais remotas que os homens procuram se resguardar da onipotência do Estado através de lutas seculares, cujas origens, nos tempos mais próximos, remontam ao século XIII, quando os barões feudais ingleses obrigaram o rei João Sem Terra a assinar um documento onde se estabeleciam os direitos e deveres de cada grupo, que se convencionou chamar de Magna Carta, de 1215, certamente o embrião das Constituições de todos os povos na atualidade.

Pela primeira vez consubstanciava-se num documento jurídico formal (escrito) a área de atuação do Estado e dos Súditos.

Ultrapassando o que se convencionou chamar “a Longe Noite da Idade Média”, foi no Século XVII, ainda na Inglaterra, a partir das idéias de John Locke, que se assinou um documento mais amplo, com uma concepção científica do processo político, chamado de “Bill of Rights”.

Os ideais de Locke foram transportados para o continente europeu e, aí, encontraram terreno fértil para proliferar, resultando no final do Século XVIII em duas notáveis constituições, sínteses da vitória da burguesia sobre o absolutismo dos Reis, consubstanciado na fórmula de Luiz XIV, “L’état C’est Moi”.

A Constituição Americana de 1776, com Thomaz Jefferson à frente e a Revolução Francesa de 1789, nascida sob os auspícios do Contrato Social de Rousseau, sepultaram de vez o “Ancien Régime”, inaugurando os novos tempos de defesa dos direitos dos cidadãos.

Na **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**, que se seguiu, estava escrito com todas as letras: “Os homens nascem livres e permanecem livres e iguais em direitos”.

Estava-se inaugurando o estado democrático alicerçado na doutrina de Montesquieu, de separação de poderes, chamada de freios e contrapesos pelos revolucionários da América.

A Revolução Francesa representa a vitória da burguesia contra a aristocracia dominante, de tal forma que as declarações de direitos não passaram de uma declaração de princípios, assegurando o interesse das classes mais favorecidas e desconhecendo a proteção daqueles que nada tinham, como depois ficou evidente.

O século que se seguiu, foi o século da grande Revolução Industrial, que inaugurou a era da máquina, submetendo o proletariado a um regime de semi-escravidão.

Ninguém melhor do que Charles Chaplin, com seu gênio indiscutível, retratou no cinema o drama do operariado.

Inaugura-se o regime do Liberalismo econômico, Adam Smith à frente, consubstanciado na fórmula do “Laissez Faire, Laissez passer Lasser”.

Prenunciavam-se novos tempos, em que os indivíduos além de se defenderem do gigantismo estatal, definido por Hobbes, como o Leviathã, o monstro Alado, tinham que se defender também de uma outra tirania talvez mais forte, e com toda certeza, muito mais cruel e sibilina.

A constituição de Weimar, promulgada num período sombrio na Alemanha entre duas guerras mundiais, foi a primeira Constituição a se preocupar com o lado social da sociedade politicamente organizada.

A ascensão do nazismo e a 2ª Guerra Mundial, entretanto, adiaram os sonhos dos que elaboraram aquele notável documento legislativo.

Estes só se renovaram em 1948, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, criação da Organização das Nações Unidas (ONU), esperança dos povos envolvidos naquele conflito, buscando criar uma paz duradoura já que, em menos de 30 anos o mundo havia se engalfinhado em duas guerras totais, com os resultados desastrosos que todos conhecemos.

Aqueles doces princípios porém, apenas refizeram as esperanças da burguesia revolucionária do Século XVIII e do proletariado revoltoso de 1917 na Rússia.

As grandes transformações econômicas da 2ª metade do Século XX, porém puseram fim a todos os devaneios.

O dismantelamento da União Soviética e a queda do muro de Berlim, em nada contribuíram para o aprimoramento das instituições políticas.

Ao contrário, o fim da União Soviética, que dividia o poder com os Estados Unidos, acabou proporcionando a expansão de um monstro muito maior que o Leviathã - a Globalização, com o seu consectário lógico: a sociedade de massas.

O Liberalismo estava sepultado. O indivíduo passa a ser apenas um número na multidão. As repercussões desse fato no processo político ainda estão se ultimando nesse limiar do Século XXI.

Mas uma coisa é certa, a era romântica do individualismo já terminou.

Há toda uma nova forma de produção, condicionando mentes e comportamentos, levando o ser humano às últimas fronteiras da sua própria resistência.

As legislações de defesa, ou de proteção, dos consumidores nascem como consequência desse processo político-econômico.

Nos Estados Unidos e na Europa a resistência, como é natural, precedeu à nossa.

Mas é uma luta titânica, certamente maior do que aquela mantida através dos séculos pela conquista das liberdades públicas.

E a razão é muito simples: agora trata-se de uma luta sem trincheiras, em que o ser humano é invadido sub-repticiamente pelo engenho da propaganda enganosa, mentirosa, a serviço dos grandes capitais.

Os monopólios e oligopólios têm total domínio sobre as relações de consumo.

Neste contexto de dominação do poder empresarial e da complexidade gerada pela Sociedade de massa, a preservação da liberdade dos homens torna-se um problema maior, com extraordinária repercussão na esfera da defesa do consumidor.

Como diz Josué Rios (**A defesa do consumidor e o direito como instrumento da mobilização social**),

“Examinemos o primeiro aspecto. É característica da sociedade de consumo a decisão unilateral das organizações empresariais a respeito do que fabricam, como fabricam, para quem dirigem a produção, quanto devem lucrar, quais os métodos de venda que devem usar, etc. Da mesma forma, parece impensável administrar a produção em série e a expansão das relações de consumo sem instrumentos uniformizadores de comportamentos, constritivos da liberdade individual.”

Ademais a ideologia dessa forma de produção, envolvendo concentração de capitais e do poder econômico somados à alta tecnologia, não se estrutura como uma obra de arte que suscitasse a admiração de todos.

Tudo se faz para a obtenção de um alvo inexorável - a produção e reprodução ampliada do capital.

Para atingimento desse objetivo tudo se permite, indiferente o Sistema a uma escala de valores éticos ou humanísticos.

A respeito da ânsia de produzir e produzir, típica dessa sociedade opulenta, é oportuno o que diz John Kenneth Galbraith, em obra clássica (**O Novo Estilo Industrial**):

“O indivíduo serve o sistema industrial, não para abastecê-lo com a poupança e o capital dela resultante; ele o serve pelo consumo de seus produtos. Em nenhum outro assunto, religioso, político ou moral, está a comunidade tão elaborada, perita e dispendiosamente instruída. – Especificamente, de modo paralelo à produção de bens, são feitos esforços enérgicos e não menos importantes para garantir o seu uso. Estes esforços enfatizam a saúde, a beleza, a aceitação social, o sucesso sexual – a felicidade em resumo – que resultarão da posse e do uso de um determinado produto. Esta comunicação, combinada diariamente com o esforço em prol de inumeráveis outros produtos, torna-se, no conjunto, um argumento ininterrupto das vantagens de consumo. Por sua vez, inevitavelmente, este fato afeta os valores sociais. O padrão de vida de uma família torna-se o indicador de suas realizações, ajudando a garantir que a produção e, pari passu, o consumo de bens, seja a primeira medida de realização social.”

E, ainda sobre o poderoso instrumental para a “fabricação” das necessidades do consumidor nos valem da elucidativa pena de J. K. Galbraith:

“A ligação ainda mais direta entre a produção e as necessidades é proporcionada pelas instituições da propaganda e do marketing. Estas não podem ser conciliadas com a noção de desejos determinados independentemente, pois sua função primordial é criar desejos – dar corpo a necessidades que não existiam antes(...) O caminho para um aumento da produção deve ser preparado por meio de uma expansão

adequada da verba despendida com a publicidade. As despesas com a fabricação de um produto não são mais importantes, na estratégia da moderna atividade empresarial, do que as despesas destinadas à criação de procura por esse produto”. E enfatiza:
“O custo dessa criação de necessidade é fantástico.”

Na moldura dessas idéias, sucintamente expostas mas com a clareza necessária, estão delineadas as origens do movimento universal em defesa do consumidor oprimido.

A defesa do consumidor no Brasil, como de resto no mundo inteiro, está associada ao processo de industrialização de nosso país que atingiu o seu ápice na década de 70, do “milagre brasileiro”.

A mobilização do Sociedade Civil começou nesta data, mas só em 1985 é que o Governo Federal houve por bem criar o Conselho Nacional de Defesa do Consumidor, com vistas à elaboração de uma política nacional de defesa do consumidor.

No mesmo ano a Lei nº 7.347 foi o primeiro instituto legislativo de defesa do meio ambiente e do consumidor.

Finalmente, em 1988, o Legislador Constituinte contemplou, em vários dispositivos a proteção do Consumidor e, o que é mais importante, depois de estabelecer diversos princípios programáticos, determinou no artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias que o Congresso Nacional deveria elaborar um Código de Defesa do Consumidor, que veio à luz 2 anos depois, com grandes pressões da opinião pública sobre o parlamento.

A esta altura deve-se indagar, que instrumentos foram colocados à disposição do consumidor para a efetiva defesa de seus interesses? No nosso modo de entender os mais importantes são os seguintes:

Em primeiríssimo lugar a *responsabilidade objetiva*.

A Responsabilidade Civil no nosso país está fundada no artigo 159 do Código Civil, que pressupõe, como todos sabemos, a culpa do responsável pelo dano.

Diz o referido artigo: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.

A responsabilidade subjetiva foi introduzida no nosso direito codificado num momento de predominância do liberalismo econômico, quando ainda inexistia no nosso país a industrialização em larga escala.

Mas vale notar, para ser fiel à idéia de que a Responsabilidade Civil decorre do ambiente econômico, que antes, em 1912, o Dec. Lei 2.681 já regulamentava a responsabilidade das Estradas de Ferro, introduzindo no nosso direito o que denominam na doutrina presunção de culpa, que só esbarraria no caso fortuito ou na força maior e na culpa do viajante, não concorrendo culpa da estrada, como está previsto no artigo 17 do referido Dec. Lei.

Essa Legislação, com o advento da era do automóvel, foi estendida para todos os meios de transporte, exceto o transporte aéreo que tem disciplina própria.

Mas o que é afinal culpa presumida?

O Prof. Gustavo Tepedino, in **Temas de Direito Civil**, define:

“A despeito de, nessas hipóteses, equivalerem-se os efeitos práticos decorrentes da responsabilidade subjetiva e objetiva, por força, repita-se, de uma interpretação criativa e corajosa da jurisprudência brasileira em tema de presunção de culpa, bem diversa mostra-se a concepção conceitual da responsabilidade objetiva, a qual, surgida nos albores da Revolução Industrial, associa a responsabilidade não ao ato ilícito mas a outra fonte da obrigação, a própria lei.”

De uma maneira geral pode-se dizer que a responsabilidade objetiva é a que nasce da Lei enquanto a responsabilidade subjetiva, clássica, é o que nasce do ato ilícito.

A responsabilidade objetiva está associada à idéia do risco criado pela atividade econômica. Tem um indiscutível fundamento moral.

Ubi emolumentum, ibi onus, como diziam os romanos, numa construção que jamais perdeu a atualidade.

Quer dizer, quem recebe as vantagens do empreendimento deve arcar com os eventuais prejuízos que a sua atividade econômica ocasionar a terceiros.

Nesse diapasão vieram a Lei dos Acidentes de Trabalho, o Código Aeronáutico, os acidentes nucleares e, mais modernamente, o Código de Defesa do Consumidor. Este último ainda excepcionou as hipóteses de danos provenientes das atividades dos profissionais liberais cuja responsabilidade não prescinda da composição do atuar culposos.

Recentemente julgamos na 8ª Câmara Cível um processo extremamente interessante sob a ótica da responsabilidade dos médicos pelo diag-

nóstico e as conseqüências danosas que do fato resultaram para o paciente (Apelação Cível nº 7.588/2000):

“Apelação cível. Serviços médicos. Erro de diagnóstico. Indenização. Responsabilidade dos médicos. Nos termos do Código de Defesa do Consumidor, art. 14, parágrafo 1º. A responsabilidade dos profissionais liberais só se configura diante da demonstração da culpa. Teoria subjetiva da responsabilidade civil. Se a empresa se propõe à prestação de serviços médicos, a apuração da responsabilidade pelos atos dos seus prepostos, quando se trata de prestação de serviços daquela natureza, também se submete à mesma regra. O facultativo que exerce a sua atividade no campo da fisioterapia e reabilitação não tem a qualificação necessária para diagnosticar doença grave e de difícil esclarecimento, especialmente sem a colaboração do paciente. Provimento dos recursos para julgar improcedente o pedido.”

A responsabilidade objetiva que informa o Código de Defesa do Consumidor exige para a sua configuração a existência de três elementos: a conduta, o dano e o nexo causal, devendo-se perquirir sobre as causas de exclusão de responsabilidade, de modo a evitar o que se constituiria na teoria do risco integral.

Outra parte de fundamental importância para a viabilização da proteção do consumidor é o princípio da *inversão do ônus da prova*.

A desigualdade material existente entre o fornecedor e o consumidor final, que hoje ninguém discute, e abstraída a idéia da igualdade formal do início do século, requer essa inversão. A inversão do ônus da prova em favor do consumidor é um dos meios através dos quais o direito procura atingir o seu objetivo maior de obtenção da Justiça, confirmando o desnível existente entre os contendores.

Como se sabe, no regime do Código de Processo Civil vigia o princípio *actori incumbit probatio*, isto é, ao autor incumbe o ônus de provar o alegado.

Em sede de responsabilidade civil, porém, o princípio sofre atenuações, em razão da evidente inferioridade em que se encontra a vítima do dano por ocasião do acidente.

O assunto, aliás, não é novo no nosso direito. O mestre Aguiar Dias já preconizava essa inversão, tendo em vista as dificuldades naturais que a vítima tem para demonstrar o seu direito.

Mas é no Código de Defesa do Consumidor que o mecanismo foi consagrado, desde que, diz a Lei, estejam presentes a verossimilhança das alegações e a hipossuficiência da vítima.

Essa hipossuficiência, segundo os mais abalizados doutrinadores não deve ser confundida com a miserabilidade jurídica. Hipossuficiência aqui é um plus à vulnerabilidade, decorrente da natural diferença sempre existente entre fornecedor e consumidor.

Outro aspecto importante para a efetiva proteção dos direitos do consumidor foi a criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, preconizada pela Política Nacional das Relações de Consumo, na forma do artigo 5º do Código.

De nada valeriam todos esses direitos assegurados pelo artigo 6º da Lei 8.078 se o consumidor não dispusesse de um canal jurisdicional onde pudesse pleitear os seus interesses.

Os Juizados abrigam um grande percentual de pequenas causas que constituem o universo das relações consumistas.

Talvez 70% dos conflitos que surgem por meio das relações entre consumidores e fornecedores são pequenos conflitos sob o aspecto financeiro e seria praticamente impossível postular esses direitos perante a justiça tradicional. Foram os Juizados Especiais que permitiram aos consumidores realizar as suas queixas. Pelo menos no plano individual.

Coincidência ou não as duas legislações foram editadas praticamente na mesma época.

Tanto a Lei nº 8.078, de setembro de 90, quanto a Lei nº 9.099/95, se completaram para melhor viabilizar a prestação jurisdicional nessa área.

A atuação do Ministério Público na defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, área onde também se inserem com grande ênfase os direitos do consumidor.

A Constituição de 1988 dá ao Ministério Público funções de grande interesse social em muitas frentes.

Ao ajuizar ações civis em favor de interesses difusos e coletivos o Ministério Público alarga o acesso à justiça. Por suas mãos parcelas inteiras da população podem ter seus interesses tutelados em juízo.

Diz a Prof. Ada Pellegrini Grinover: a relevância social da tutela coletiva dos interesses ou direitos individuais homogêneos levou o legislador ordinário a conferir ao Ministério Público a legitimação para agir nessa modalidade de demanda, mesmo em se tratando de interesses ou direitos disponíveis. Em conformidade, aliás, com a própria Constituição, que permite a atribuição de outras funções ao MP, desde que compatíveis com a sua finalidade (art.129, IX). A dimensão comunitária das demandas coletivas, qualquer que seja o seu objeto, insere-a sem dúvida na tutela dos interesses sociais referidos no art. 127, da Constituição Federal.

O Des. Kazuo Watanabe também afirma: “Em linha de princípio, somente os interesses individuais indisponíveis estão sob a proteção de Parquet. Foi a relevância social de tutela a título coletivo dos interesses ou direitos individuais homogêneos que levou o legislador a atribuir ao Ministério Público e a outros entes públicos a legitimação para agir nessa modalidade de demanda molecular, mesmo em se tratando de interesses e direitos disponíveis.”

A verdade é a seguinte: o juiz não pode, em qualquer hipótese, quando essa questão estiver colocada diante de si, deixar de avaliar o alcance social da pretensão. Constatado esse fato, a legitimidade do Parquet exsurge naturalmente como guardião dos interesse públicos.

Como diz o Prof. Tepedino, a indisponibilidade dos direitos individuais homogêneos, por outro lado, não é obscurecida pela patrimonialidade das pretensões individuais. O que releva é a indisponibilidade do interesse atingido pela relação jurídica originária, que serve de base para a demanda comum. Uma vez atingidos direitos fundamentais do homem, como a saúde, a educação, o meio ambiente, tem-se por violados interesses indisponíveis, ainda que desses mesmos interesses decorram danos conversíveis em parcela patrimonial individualizada em relação a cada um dos titulares de ação.

Para concluir vamos tratar de um quinto elemento igualmente precioso para a defesa dos interesses dos consumidores: a possibilidade de *revisão dos contratos* pelo Poder Judiciário e a *declaração de nulidade das cláusulas abusivas*.

Nesse plano também atuamos recentemente em um processo de grande interesse científico, no 4º Grupo de Câmaras Cíveis:

“Toda a cláusula 14ª do contrato firmado entre as partes está eivada de vício de nulidade, de pleno direito, a torná-la ineficaz, à luz do

disposto no art. 51 do Código de Defesa do Consumidor. Isto porque é uma cláusula abusiva que importa em desequilíbrio contratual, tornando inexistente o elemento sinalagmático, necessário nos contratos bilaterais, uma vez que isenta a contratada de prestar o próprio serviço contratado, qual seja, a prestação de saúde.

.....

Cumpra transcrever, aqui, as palavras dos ilustres juristas TERESA e ARRUDA ALVIM em sua obra **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**.

*“As cláusulas abusivas dão origem a uma situação de desequilíbrio entre as partes, absolutamente repudiada pelo Código de Defesa do Consumidor; que expressamente reconhece no inciso I do art. 4º a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo (...). Tais cláusulas, é bom que se tenha em mente, serão sempre nulas, qualquer que seja o tipo de contrato (de adesão ou não). Em casos tais, a nulidade deve ser declarada **ex officio** pelo juiz em qualquer tempo ou em grau de jurisdição, podendo a competente ação ser ajuizada pelo Ministério Público, a requerimento de qualquer consumidor ou entidade que o represente. Conquanto tais cláusulas sejam sempre nulas, independentemente do tipo de contrato em que sejam inseridas, forçoso é reconhecer que aparecem com muito mais freqüência nos contratos de adesão, já que neste tipo de contrato tem o fornecedor maior liberdade para fixar unilateralmente seu conteúdo, de acordo com sua própria conveniência (...)”*

O Código Civil, no início do século, visava a proteger uma ordem social fundada no individualismo e tendo como pilares nas relações de caráter privado a autonomia de vontade e a propriedade.

Segundo o pensamento dominante, o legislador não deveria se intrometer nos objetivos a serem alcançados pelos indivíduos, limitando-se a garantir a estabilidade dos pactos, de tal maneira que a liberdade dos contratos pudesse se desenvolver liminarmente.

Essa ordem de coisas, própria do Estado liberal, altera-se profundamente no Estado Intervencionista do Século XX onde as atenções estão voltadas muito mais para o social do que para os interesses meramente privados.

Nessa concepção de Estado o que releva prestigiar é que a função social que os institutos privados devem cumprir, sempre tendo em vista a dignidade da pessoa humana e a resolução das desigualdades culturais e materiais.

O legislador aqui está preocupado com os efeitos perversos gerados pela igualdade formal que acabam por consagrar o predomínio da parte economicamente mais forte sobre a mais fraca, embora sob o rótulo de acabar com os privilégios.

Nesse plano de idéias, o princípio milenar do *pacta sunt servanda* é visto no direito do consumidor de forma “mitigada”. Nessa área o que prevalece é o princípio de integração, “salvo se decorrer ônus excessivo para qualquer das partes”, como está dito no § 2º, do artigo 51, da Lei 8.078.

Trata-se, portanto, de salvar o contrato, priorizando, sempre que possível, a proteção do consumidor.

Aliás o CDC permite, de forma expressa, no campo econômico, a modificação ou mesmo a revisão judicial do contrato em caso de prestações desproporcionais (instituto de lesão) ou que venham a se tornar excessivamente onerosos para uma das partes (art. 6º, V).

Na verdade, na área do consumidor, o Código abre campo para admitir a possibilidade do juiz, através da sentença, estipular novas regras, novas cláusulas, fato que constitui verdadeira revolução na teoria dos contratos do Código Civil. ◆